

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*Argentina*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés*

Lourdes MELLA MÉNDEZ**

RESUMEN: Este trabajo aborda algunos aspectos generales del acoso moral en el Derecho del Trabajo español. A pesar de no existir una definición legal sobre esta figura, tanto la doctrina científica como los tribunales laborales españoles llevan más de dos décadas resolviendo los problemas jurídicos que aquella plantea. Aspectos de interés aquí tratados son la configuración del acoso moral (rasgos característicos y distinción de otras figuras similares) y su protección a través del proceso especial de vulneración de derechos fundamentales, con especial examen de la indemnización de daños y perjuicios.

Palabras clave: Acoso moral, derechos fundamentales, proceso especial, indemnización.

SUMARIO: 1. El acoso moral en el Derecho español. 1.1. Introducción. 1.2. Configuración y distinción de figuras afines. 2. El proceso especial de vulneración de derechos fundamentales e indemnización del daño causado. 2.1. Ideas generales. 2.2. La indemnización de daños. 2.2.1. Finalidad y daños indemnizables. 2.2.2. Cuantificación. 3. Bibliografía.

*Este trabajo es fruto del proyecto de investigación “La violencia de género como problema social y cultural: puntos críticos desde el Derecho del Trabajo”, de la convocatoria: Programas sectoriales de investigación aplicada, PEME I+D e I+D Suma del Plan Gallego de Investigación (*Consellería de Economía e Industria, Xunta de Galicia*). Código: 2010/PX118.

** Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España).

1. El acoso moral en el Derecho español¹

1.1. Introducción

Uno de los problemas que más ha suscitado la atención de la doctrina científica y de los Tribunales laborales en el Derecho del Trabajo en España durante los últimos años y, especialmente, la última década ha sido el del acoso laboral. Un problema de protagonismo reciente, pero de larga historia, pues el hacer la vida imposible a alguien con un fin determinado es tan viejo como la propia relación laboral entre empresario y trabajador. El interés por este tipo de conducta se debe a su espectacular incremento durante los últimos tiempos debido, seguramente, a la mayor competitividad y estrés laboral, propio de las sociedades altamente industrializadas y modernas.

Sin embargo, a pesar de este renovado protagonismo, el acoso no ha recibido la misma atención por parte del legislador español. Muestra de ello es que no existe un concepto legal sobre la figura general del acoso ni tampoco sobre una de sus modalidades más conocidas y mediáticas: el acoso laboral (moral o psicológico). Las únicas intervenciones legislativas expresas sobre la materia tienen carácter parcial y carecen de novedad, pues se limitan a trasponer Directivas comunitarias. Así, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, contienen una regulación específica sobre el acoso discriminatorio por motivos concretos. El art. 37.2 de esta última norma da una nueva redacción al art. 4.2.e) ET, al referirse al derecho del trabajador “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico,

¹ Abreviaturas: Ar. (Aranzadi); C.c. (Código Civil); ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Estatuto de los Trabajadores); LOI (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres); JUR (Jurisprudencia); LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales); LJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social); RJ (repertorio jurídico); ST Const. (Sentencia del Tribunal Constitucional); RTC (Repertorio del Tribunal Constitucional); STS (Sentencia del Tribunal Supremo) y STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que, en cada caso, se indique).

religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. A su vez, el art. 37.5 de la misma norma modifica el art. 54 ET para introducir una nueva causa de despido, la g), consistente en “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, también incluye referencias parciales a algunas modalidades de acoso, en sus arts. 7, 46.2 y 48. Así, el primero define el acoso sexual, discriminatorio y el por razón de sexo; el segundo exige que el contenido de los planes de igualdad incluya, entre otras, las materias de “la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”; y, el tercero, obliga a las empresas a tener un protocolo o procedimiento interno específico para prevenir y tratar el acoso. Dicha obligación es independiente de la de tener un plan de igualdad. Además, interesante también resulta su art. 10.1, que considera nulos y sin efectos los actos discriminatorios por razón de sexo, los cuales darán lugar “a una responsabilidad a través del sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido”.

A la vista de estas parciales referencias normativas a determinados supuestos de acoso, cabe preguntarse sobre la necesidad de una regulación laboral expresa sobre el acoso laboral, a efectos de proteger a la víctima frente a la conducta del agresor (empresario o compañero de trabajo). En mi opinión, con independencia de que un concepto legal de acoso pueda clarificar la conducta y aportar seguridad jurídica, cabe señalar que el mismo no es imprescindible a efectos de conceder tal protección, pues su inexistencia no impidió a los Tribunales laborales dar una adecuada respuesta protectora al acosado desde un primer momento (finales de los años noventa o comienzos del 2000), basándose para ello en el marco normativo entonces vigente (anterior a las primeras reformas de 2003)².

Más claramente, al tratarse de una conducta laboral que vulnera bienes jurídicos esenciales del trabajador como ser humano, la defensa de este ha de subsumirse en preceptos relacionados con los derechos fundamentales, como los arts. 10, 14, 15 y 18 de la Constitución. Precisamente, entre los múltiples derechos que esta conducta puede vulnerar, cabe destacar el genérico de la dignidad, considerado fundamento básico del orden político y la paz social [arts. 10.1, Const. y

² Cfr. Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo español”, *Tribuna Social*, 2003, núm. 145, pp. 13-32.

4.2.e) ET], y otros más específicos como el de la igualdad y no discriminación [arts. 14 Const. y 4.2.c) ET], el de la integridad física y moral [arts. 15 Const. y 4.2.d) ET], el honor e intimidad personal y familiar y la propia imagen [art. 18.1 Const. y 4.2.e) ET] o, en fin, el de la libertad de expresión y comunicación (art. 20.1 Const.). Como deriva de lo recién expuesto, el acoso moral es una conducta pluriofensiva que vulnera diversos derechos ordinarios y fundamentales a la vez, entre ellos, el de la dignidad del trabajador.

De otro lado, la normativa específica de prevención de riesgos laborales, especialmente la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, ha servido para obligar al empresario a tener en cuenta estos riesgos psíquicos y proteger eficazmente a los trabajadores. Así, resulta claro que “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz” e integral en materia de seguridad y salud (art. 14.1), que garantice un ambiente de trabajo sano y libre de riesgos profesionales, incluidos los de naturaleza psicológica³. En aras al cumplimiento de tal derecho, el empresario debe asegurar dicha seguridad y salud “en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14 2 ibíd.), adoptando las medidas que sean necesarias “con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo” (art. 4.1 ibíd), entendidos estos como la posibilidad de que aquellos sufran “un determinado daño derivado” de la actividad laboral (art. 4.2 ibíd.).

1.2. Configuración y distinción de figuras afines

El acoso laboral, genéricamente entendido, ha sido denominado de muchas maneras, como, por ejemplo, acoso moral, psicológico, institucional o medioambiental, intimidación, hostigamiento o, en fin, hasta psicoterror laboral. En España, las expresiones más utilizadas son las de acoso *moral* o *psicológico*; de hecho, estas son aceptadas por el diccionario de la Real Academia Española (en su próxima 23ª edición)⁴, que, a su vez, lo define como una “práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato

³ En este sentido, STC 62/2007, de 17 marzo (RTC 62/2007) y STC 160/2007, de 2 julio (RTC 160/2007), que señalan que las obligaciones del empresario previstas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico, motivados por la organización del trabajo que pueda potencialmente padecer el trabajador cuando aquellos sean ciertos y previsibles.

⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=acoso%20moral>.

vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente”.

El acoso moral se configura como un comportamiento reiterado de violencia especialmente psíquica ejercido por quien, desde una posición jurídica o social dominante, se considera amenazado en ella por la víctima de su agresión, cuya destrucción pretende con la finalidad de mantener o reforzar su posición de dominio y lograr sus objetivos personales y profesionales. En otras palabras, el acoso laboral es una conducta violenta de amplio contenido, realizada – generalmente – por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, de forma recurrente y sistemática y con el fin de destruir al trabajador acosado. Como deriva de lo recién expuesto, esta conducta se caracteriza por⁵:

a) *Ser un comportamiento violento de amplio contenido*, el cual puede consistir en la adopción de diversas medidas organizativas (v. gr., asignar tareas inútiles, humillantes, repetitivas, peligrosas, imposibles de cumplir, inferiores a su categoría profesional o, incluso, no asignar ninguna), de aislamiento social (por ejemplo, impedir las relaciones con los compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes o con el propio acosador; asignar un trabajo aislado; prohibir la presencia física de la víctima en reuniones o no avisarle de estas; no hablar con ella; ignorar su presencia, opinión o prestación laboral; retirarle el uso de medios de comunicación, como el teléfono o el fax), de desprestigio personal y profesional (a través de la creación de falsos rumores sobre aspectos de la vida privada, salud física o mental o incompetencia profesional del trabajador; actos de ridiculización de este; crítica injustificada y sistemática a su trabajo o actitud; burlas) o, en fin, de agresión verbal o física (como sucede cuando se producen insultos, injurias, calumnias, coacciones o, incluso, agresiones físicas, leves o graves, que pueden llegar a tener un matiz o contenido sexual).

Como se aprecia, aunque es fundamentalmente psicológica, la violencia del comportamiento estudiado también puede llegar a manifestarse físicamente. Por lo demás, el acoso no solo consta de actitudes activas, sino también pasivas (omisiones, silencios, falta de aprecio), que incluso pueden hacer más daño psicológico que aquellas.

b) *Su carácter recurrente y sistemático*, pues se está ante una conducta que tiene que producirse durante un cierto tiempo y repetirse con frecuencia. La prolongación de los ataques a lo largo de un determinado período y la

⁵ Cfr., por ejemplo, sentencias TSJ Madrid de 6 junio 2012 (RJ 260), Aragón de 13 junio 2012 (RJ 1925) y Galicia de 23 diciembre 2012 (RJ 85). En la doctrina, cfr., entre otros, Correa Carrasco, M., “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en el volumen AA.VV., *Acoso moral en el trabajo* (Navarra, 2006), pp. 41 y ss.

reiteración de alguno de los actos típicos de acoso una o varias veces por semana es necesaria para conseguir el fin perseguido por el acosador, que suele requerir un determinado tiempo⁶. Además, estos ataques continuados y prolongados evidencian la existencia de un *plan* preconcebido para destruir a la víctima⁷. Por lo tanto, es necesario valorar los actos particulares de agresión en su conjunto, como aspectos de un mismo comportamiento, pues el análisis individual de cada uno de ellos podría llevar a confusión sobre la calificación de la conducta agresora. En este sentido, alguno de ellos incluso podría valorarse como irrelevante o neutro.

Respecto del período durante el que se debe observar la conducta, en un primer momento se consideró que este debía ser, como mínimo, de un semestre. Con todo, actualmente, dicho período no se considera un criterio constitutivo de la existencia de acoso, sino meramente orientativo, por lo que aquel puede declararse antes de transcurrir el referido período o, por el contrario, puede cumplirse dicho período y la agresión no calificarse de acoso moral⁸.

c) *Su finalidad destructiva*, pues se busca el dañar psicológicamente al trabajador, poniéndole en una situación de sufrimiento psíquico tan insoportable que le lleve a desistir de sus derechos profesionales e, incluso, a abandonar voluntariamente la empresa. Como se ve, hay un fin inmediato y directo (hundimiento psicológico de la víctima) y otro mediato e indirecto (renuncia a derechos laborales o al puesto de trabajo) y este último solo se consigue cuando el primero ya es una realidad. Solo cuando está hundido psicológicamente, el trabajador es capaz de tomar decisiones que suponen la renuncia a sus derechos laborales, con el fin de salir de la situación de dolor que se le infringe. Evidentemente, tal renuncia no es querida por el trabajador, aunque así se intente presentar por el acosador.

Cuando el acosador actúa en orden a conseguir los referidos fines, es claro que sus actos están guiados por la intención o *animus* de dañar otro y, por lo tanto, esta intencionalidad o deseo es inherente al acoso moral⁹. Ahora

⁶ Así, entre otras, sentencias TSJ Madrid de 31 marzo 2006 (RJ 1694), 23 enero 2007 y 1 abril 2008 (RJ 1963 y 1398), según las que una conducta aislada, por muy grave que sea, no merece el calificativo de acoso. Sin embargo, no falta alguna sentencia que cuestiona la necesidad del requisito temporal, tomando como referencia legislaciones como la de Canadá, en la que un único acto aislado puede considerarse acoso moral (STSJ Castilla y León de 22 diciembre 2010; RJ 209).

⁷ Cfr. sentencias TSJ Madrid de 24 abril 2007 (RJ 2280), Cataluña de 6 noviembre 2008 (RJ 374), Extremadura de 8 noviembre 2008 (RJ 493) y Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

⁸ Cfr., por ejemplo, STSJ Madrid de 10 noviembre 2007 (RJ 2008/1398).

⁹ Cfr., entre otras, STSJ Madrid de 2 noviembre 2005 (RJ 2006/76199): no hay acoso

bien, ello no quiere decir que la víctima tenga que probar expresamente aquel, sino que basta con que el mismo se deduzca de los elementos objetivos que concurren en la actuación del agresor. Los hechos hablarán por sí mismos.

Los efectos del acoso moral se suelen manifestar en un grave deterioro de la salud mental y física de la víctima, concretamente, en problemas de depresión (desmotivación, tristeza), ansiedad (irritabilidad, crisis de pánico previas a la incorporación al puesto de trabajo, angustia), disminución del rendimiento laboral (desinterés por los fines e intereses de la empresa, falta de concentración y agilidad mental) y hasta físicos y psicosomáticos (gástricos, dificultades de respiración, insomnio, mareos). En ocasiones extremas, el acoso moral puede derivar en una enfermedad física o psíquica crónica e irreversible o, incluso, terminar en suicidio; también tiene efectos negativos para la empresa y la sociedad en general.

Ahora bien, el hecho de que en algún caso la víctima sea lo suficientemente fuerte y tal daño psicológico no llegue a materializarse no impide la consideración de la conducta agresora como acoso moral, pues lo importante es la propia existencia de dicha conducta, vulneradora de derechos fundamentales de la víctima (especialmente, la dignidad e integridad moral) y la intencionalidad de la misma. En otras palabras, aun siendo difícil, la víctima puede sentirse moralmente afectada por la violación de sus derechos fundamentales, aunque no acuse un daño psíquico claro y real¹⁰. Además, de mantener la posición contraria y condicionar la existencia de acoso a la producción real de un daño psíquico se desprotegería a aquellas víctimas más fuertes psicológicamente y más resistentes a los efectos dañinos del acoso¹¹. Evidentemente, en tales casos, el problema puede ser la prueba del acoso moral, más fácil si se pueden aportar informes de expertos médicos sobre el daño objetivo (psíquico) causado a la víctima.

moral si no se prueba que la empresa “buscase, expresamente, causar un daño al trabajador socavando su personalidad, es decir, falta el elemento intencional de dañar” a este último.

¹⁰ Así, Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, 2005, 178, p. 10. En este sentido, debe entenderse superada una primera posición jurisprudencial que condicionó la existencia de acoso moral a la producción de un daño psíquico real (v. gr., STSJ Madrid de 18 junio 2001; RJ 1667), aunque alguna sentencia la siga manteniendo (STSJ Madrid de 6 junio 2012; RJ 2352).

¹¹ Así, STSJ Madrid de 11 junio 2003 (RJ 2516): “el hecho de que haya un informe psiquiátrico o psicológico es un dato más – importante, pero no determinante –, ya que, de contrario, se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia o afrontara de otro modo el mismo conflicto”.

Y d) realizarse, generalmente, por *uno o varios superiores* (empresario o trabajadores con poderes) *o compañeros de trabajo e, incluso, conjuntamente entre unos y otros*. En el primer caso se habla de acoso vertical ascendente o *bossing*, pues el acosador está situado en un plano jerárquicamente superior al acosado; en el segundo, de acoso horizontal, en cuanto tanto uno como otro están en un plano de igualdad respecto de los superiores jerárquicos¹². En ambos casos, se trata de un conflicto asimétrico, pues la parte hostigadora siempre se halla en una posición más fuerte, bien por ser un superior, bien por contar con más recursos o apoyos. En el caso de actuar una sola persona (superior o compañero) las demás suelen intervenir de cómplices pasivos, al silenciar tal comportamiento o no hacer nada para impedirlo, quizá por temor a represalias o, incluso, llegar a ser objeto del mismo. Tal actitud no solo potencia los efectos destructores del acoso moral – haciendo que la víctima se sienta desamparada y abandonada –, sino que permite que este exista como tal, dado que si el resto de compañeros lo denunciase se impediría su prolongación en el tiempo.

Una tercera modalidad de acoso es la denominada vertical descendente, en cuanto los acosadores son uno o varios subordinados de la víctima. Generalmente, es el caso de un alto cargo de la empresa que, tras ser contratado o ascendido, es boicoteado por sus subordinados – en el segundo supuesto antiguos compañeros de trabajo – con el fin de desprestigiarlo ante sus superiores y conseguir su despido. Aparte de menos frecuente, a mi modo de ver, este tipo de acoso es cualitativamente diferente de los otros dos porque el hecho de que el acosado esté en una posición jerárquicamente superior le permite defenderse mejor de los ataques en que la conducta de acoso consiste.

Los motivos que llevan al agresor a infligir este sufrimiento psíquico a otra persona suelen variar según quién sea aquel. Si se trata de compañeros de trabajo, sean o no sus superiores, la causa suelen ser los celos y envidias profesionales. El acosador suele ser una persona mediocre en el plano profesional y envidiosa o frustrada en el personal, que busca imponer su autoridad y sentirse poderoso. En consecuencia, su víctima suele ser un trabajador generalmente cualificado y con perspectivas de ascenso, en aras a apartarle de la posibilidad de este e impedirle que compita o, incluso, desplace al acosador, lo que pondría en evidencia su mediocridad. Por su parte, el empresario suele acosar en orden a forzar la salida voluntaria del trabajador de la empresa, esto es, por la vía de la dimisión o el abandono, con lo que se evitaría el recurso al despido y el consiguiente pago de la

¹² Cfr. STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

indemnización. En estos supuestos, el acoso se convierte en una silenciosa, lenta y gratuita alternativa a aquél.

En otro orden de cosas, el hecho de que el acoso moral se configure – según opinión doctrinal y judicial reiterada – con los requisitos que acabamos de exponer aporta seguridad jurídica a efectos de distinguir este comportamiento de otros similares, que también pueden suponer un incumplimiento contractual del empresario. Así, cabe distinguir el acoso moral de otros tipos de acoso, como el sexual, el discriminatorio y el “por razón de sexo”. En principio, los cuatro tipos de acoso tienen rasgos comunes, por ejemplo: a) son especies del mismo género: el acoso; b) pueden ser realizados por los mismos agresores; y c) lesionan los mismos bienes jurídicos, cuales son, básicamente, los derechos a la dignidad de la persona trabajadora y a la integridad física y moral e, incluso, a la igualdad y no discriminación.

Sin embargo, no cabe confundir estos diferentes tipos de acoso, pues según el art. 7.1 LOI, “a los efectos de esta Ley, constituye *acoso sexual* cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Así, pues, comparando el acoso moral y el sexual se detectan, al menos, las siguientes diferencias: a) su contenido, pues, aun pudiendo ser plural en ambos casos, mientras que en el acoso moral aquel puede consistir en medidas que no tengan connotación sexual (v. gr., organizativas, de aislamiento social, desprestigio personal y profesional y agresión verbal o física), en el acoso sexual esa finalidad siempre tiene que estar presente. b) Su finalidad, dado que, como se deduce de lo recién expuesto, en el acoso sexual el fin directo o indirecto es atacar la libertad sexual de la víctima, en orden a conseguir, casi siempre, la satisfacción sexual del agresor. Por el contrario, en el acoso psicológico el fin es más ambicioso, pues se busca directamente el destruir psíquicamente a la víctima. Y c) su carácter, dado que el acoso moral siempre consiste en un comportamiento recurrente y sistemático, que tiene que mantenerse durante un cierto tiempo y reiterarse con frecuencia. Sin embargo, el acoso sexual puede consistir en una sola conducta cuando esta es lo suficientemente grave y el trabajador manifiesta su oposición a la misma.

La distinción con el acoso *discriminatorio* también es clara, en cuanto en este último el acoso a la víctima se basa en diferentes razones, como el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Leyes 51/2003 y 62/2003, citadas). En todo caso, se considerarán discriminatorios “el acoso sexual y el acoso por razón de sexo” (art. 7.3 LOI).

Por su parte, si el motivo específico para acosar es el sexo de la víctima, el acoso será *por razón de sexo*. Según el art. 7.2. LOI, “constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Repárese en que tanto el acoso sexual, el discriminatorio y el por razón de sexo pueden formar parte (en cuanto conductas concretas y puntuales) del acoso moral o producirse de manera paralela a este.

De otro lado, también cabe diferenciar el acoso moral de otros conflictos, como los originados por el ejercicio (lícito o ilícito) del *poder directivo y organizativo empresarial*. Desde luego, no todo conflicto es calificable de acoso moral, dado que muchos obedecen a simples discrepancias de los trabajadores sobre el ejercicio regular o no del poder directivo empresarial¹³. No cabe, pues, considerar como acoso los conflictos en los que no existen actos de violencia psíquica, ni siquiera aquellos en los que, aun existiendo, estos no se desarrollan de forma sistemática y recurrente, no persiguen la finalidad de destruir al trabajador (v. gr., insultos concretos) o no son realizados por el empresario ni los compañeros de trabajo, sino que derivan de las condiciones del ambiente de trabajo. Esto último es lo que sucede en el denominado *burnt out*, también llamado “síndrome del quemado” o *mobbing* subjetivo o falso, en el que el trabajador se ve superado por la presión y competitividad que sufre en la situación laboral, a raíz de las exigencias de los clientes o usuarios de los servicios de la empresa, lo que le origina un alto nivel de estrés y desgaste profesional¹⁴. Este tipo especial de estrés es característico de aquellas profesiones en las que los trabajadores realizan su trabajo en contacto con otras personas porque, por sus características, son sujetos de ayuda (profesores, personal sanitario, asistentes sociales, etc.) y surge al ver el profesional defraudadas sus expectativas de modificar la situación laboral y poner en práctica sus ideas con respecto a cómo debe ser realizado su trabajo.

El acoso moral es una manifestación concreta del ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, pero no todo supuesto de ejercicio arbitrario del referido poder es calificable de acoso. Varias son las diferencias que

¹³ Cfr. sentencias TSJ Madrid de 10 noviembre 2004 (RJ 2005/178342) y Aragón de 13 junio 2012 (RJ 1925).

¹⁴ Cfr., por ejemplo, STSJ Cataluña de 10 junio 2005 (RJ 1602): “la reacción que viene determinada” por circunstancias personales de enfrentarse a concretas “situaciones aparentemente de conflicto no debe equipararse a un incumplimiento empresarial, ni determinadas reacciones subjetivas generadas por exigencias de algunos ambientes de trabajo pueden equipararse a situaciones de hostigamiento o acoso”.

separan a la especie del género, entre ellas, las siguientes: a) el carácter de la conducta, ya que el ejercicio arbitrario del poder de dirección suele concretarse en actos aislados que no revelan una conducta sistemática de destrucción, a diferencia del acoso analizado; b) La finalidad perseguida, pues, mientras que el comportamiento arbitrario solo pretende conseguir – por medios inadecuados, eso sí – un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a los intereses del empresario, el acoso busca directamente causar un daño al trabajador destruyendo su persona¹⁵; y c) el perjuicio causado, dado que con el ejercicio arbitrario del poder empresarial quedan afectados los derechos ordinarios sobre lugar, tiempo y contraprestación del trabajo realizado, sin embargo, con el acoso psicológico se incide directamente sobre el derecho a la dignidad y a la integridad física y psíquica, afectándose a la salud mental de los trabajadores.

2. El proceso especial de vulneración de derechos fundamentales e indemnización del daño causado

2.1. Ideas generales

Cuando el trabajador sufre una situación de acoso moral, el actual ordenamiento jurídico laboral español es suficientemente protector para dar una adecuada respuesta a aquel. Aparte de la posibilidad de despedir procedentemente al acosador (acoso horizontal) [art. 54.2.g) ET] o sancionar administrativamente al empresario que permite o realiza este tipo de conductas¹⁶, el ordenamiento jurídico ofrece a la víctima otras soluciones, como solicitar el cese de la conducta agresora y la reparación

¹⁵ Así, STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.: la distinción entre conflicto laboral y acoso laboral no se centra “en lo qué se hace o en cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace y, sobre todo, en la intencionalidad de lo que se hace”.

¹⁶ En tal caso, su comportamiento puede ser denunciado ante la Inspección de Trabajo y calificado de falta muy grave, con la correspondiente multa. La Ley de infracciones y sanciones (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) considera como tales faltas el acoso sexual, el discriminatorio y el por razón de sexo (art. 8.13 y 13 bis). Aun sin referencia expresa al acoso moral, este también puede sancionarse al considerar como falta grave “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores” (art. 8.11) y, desde luego, aquel acoso lo es. De otro lado, el empresario también puede ser responsable del recargo de prestaciones de seguridad social por incumplir las medidas de prevención de riesgos laborales y no impedir que se produzca el acoso moral (art. 123 LGSS).

de los daños causados por la vía del proceso especial de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 y ss. LJS) o la resolución indemnizada del contrato por la vía del art. 50 ET.

En relación con la primera posibilidad, como ya se apuntó, resulta claro que el acoso moral vulnera derechos fundamentales, como, por ejemplo, el de la dignidad, igualdad y no discriminación, integridad física y psíquica, libertad de expresión u honor. En tales casos, cualquier trabajador que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionado uno de sus derechos fundamentales, “incluida la prohibición de trato discriminatorio y del acoso”, podrá recabar su protección a través del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177.1 LJS).

El único requisito exigido es el de que “la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios” (art. 177.1 LJS).

La víctima de acoso podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, “sin que deba ser demandado, necesariamente, con el empresario el posible causante directo de la lesión” (art. 177.4 LJS). Se plasma, así, el criterio judicial anterior que consideraba adecuado el proceso especial de tutela de derechos fundamentales para reclamar al empresario una indemnización por daño moral causado por el acoso de otro trabajador y conocido por aquel¹⁷. Ahora bien, sí es necesario demandar al agresor (ajeno al empresario) cuando la víctima pretenda su condena o aquel pueda resultar directamente afectado por la resolución que se dictare.

El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente respecto de todos los que se sigan en el tribunal o juzgado. Además, el actor podrá solicitar, en el mismo escrito de interposición de la demanda, medidas cautelares, como la suspensión de los efectos del acto impugnado y la suspensión de la relación o la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de

¹⁷ Véanse, por ejemplo, sentencias TS de 2 febrero 1998 (RJ 1251) y 23 marzo 2000 (RJ 3121) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 mayo 2007 (RJ 1987). Esta última sentencia también compartió el criterio judicial de que era innecesario traer al proceso al trabajador a quien se imputaban las acciones de acoso [STS de 3 julio 2001 (RJ 7799) y STSJ Aragón de 30 junio 2003 (RJ 2227)].

puesto o centro, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia judicial (art. 180.1 y 4 LJS). Tras la celebración del juicio (en el que rige la inversión de la carga de la prueba)¹⁸, la sentencia se pronunciará, según proceda, sobre la existencia o no de la vulneración del derecho fundamental alegado, y, en su caso, también declarará la nulidad radical de la conducta del agresor, ordenará el cese inmediato de esta y dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, con reposición en la situación anterior a la lesión y reparación de las consecuencias derivadas de la lesión, incluida la indemnización que proceda (art. 182.1 LJS)¹⁹. Así, la tutela inhibitoria del acto ilícito y vulnerador del derecho fundamental va acompañada de otra restitutoria de los daños causados a la víctima.

2.2. La indemnización de daños

2.2.1. Finalidad y daños indemnizables

La indemnización de daños es uno de los elementos centrales y más polémicos de este proceso especial de vulneración de derechos fundamentales por acoso moral. Su regulación legal específica en los arts. 182 y 183 LJS configura un régimen jurídico propio en el Derecho del Trabajo, que lo aparta del previsto en el Derecho Común para la responsabilidad civil contractual (arts. 1.101 y ss. C.c.) y que, supletoriamente, se aplica en muchas indemnizaciones derivadas de incumplimientos laborales que no gozan de una regulación *ad hoc* (por ejemplo, un precontrato). Con todo, algunos aspectos de ese régimen específico son deudores del régimen general civil, como los conceptos sobre los tipos de daños o las exigencias de prueba para los daños materiales. Además, en el supuesto aquí examinado, la responsabilidad del empresario que realiza o tolera casos de acoso moral puede fundarse tanto en la vulneración de derechos fundamentales (dignidad, integridad física y

¹⁸ El demandante debe aportar indicios de la vulneración del derecho fundamental y el demandado debe una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 181.2 LJS).

¹⁹ Si no se prueba el acoso, no procede la indemnización, así, por ejemplo, sentencias TSJ Madrid de 10 noviembre 2004, Cataluña de 10 junio 2005, citadas, País Vasco de 20 febrero 2007 (RJ 1495), Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 julio 2008 (RJ 2009/124844), Cataluña de 25 enero 2011 (RJ 162910) y Asturias de 25 mayo 2012 (RJ 195961).

moral) como en el incumplimiento de un deber contractual del empresario, el del deber de protección integral de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14 LPRL), lo que genera una responsabilidad civil contractual. De hecho, no faltan casos en los que el trabajador acosado reclama, tras su despido, una indemnización de daños y perjuicios en base a la regulación clásica civil²⁰. Ahora bien, sea como fuere, el régimen aplicable es el específico ahora comentado, lo que evidencia la importancia que el legislador da a los derechos fundamentales, en cuanto no deja pasar la ocasión sin pronunciarse expresamente sobre la necesaria y concreta reparación de los daños causados.

Según el art. 183.1 LJS, cuando la sentencia declare la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, el juez deberá pronunciarse, necesariamente, sobre “la cuantía de la indemnización” que le pueda corresponder a la víctima de tal vulneración o discriminación, y ello en función tanto “del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

Además, a la hora de tal pronunciamiento, el tribunal tiene que atender a una doble *finalidad*: la primera, el resarcimiento suficiente de la víctima, restableciendo a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión; y la segunda, la contribución a la prevención general del daño (art. 183.2 LJS). La reciente plasmación legal de estas finalidades puede servir de estímulo a los órganos jurisdiccionales para reconocer cuantías indemnizatorias importantes, equiparables a la entidad real del daño causado a la víctima. Ciertamente, la finalidad de resarcir suficientemente a esta y reponerla en la situación anterior obliga a tener en cuenta todos los daños causados a la misma, con independencia de su naturaleza y del momento de su producción. Así las cosas, hay que valorar todos los daños presentes, pasados y hasta futuros, y ya sean patrimoniales (materiales) o extrapatrimoniales (morales).

Por su parte, la finalidad preventiva parece obligar al órgano jurisdiccional a tener en cuenta el carácter *punitivo* de la indemnización a la hora de fijar su cuantía, el cual busca la reparación íntegra del daño causado a la víctima y el convertir aquella en una verdadera sanción a efectos de disuadir o prevenir futuros daños por parte del agresor y terceros. Se acoge, así, el criterio expresado anteriormente por el TS, relativo “al efecto disuasorio de estas indemnizaciones” frente a la vulneración de los derechos fundamentales²¹, así como en la normativa comunitaria. En este sentido, por ejemplo, el art. 18 Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y

²⁰ Cfr. sentencias TSJ Cantabria de 19 mayo 2005 (RJ 128120) y 2 noviembre 2005, cit.

²¹ STS de 20 septiembre 2007 (Ar. 8304).

del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, exige que la indemnización sea “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”²². Para la doctrina, el daño punitivo puede ser reparado con la doble finalidad “de castigo de un acto antijurídico y de prevención frente a conductas similares, que así son disuadidas”. Esta compensación económica adicional busca proteger el valor esencial de la dignidad²³.

Los daños patrimoniales o *materiales* son los que sufre la víctima en sus bienes y derechos de naturaleza económica, o sea, en su patrimonio material. A su vez, tales daños se clasifican en dos: el daño emergente y el lucro cesante. El primero se identifica con “el valor de la pérdida” sufrida por el demandante, y, el segundo, con “la ganancia que haya dejado de obtener” a raíz del incumplimiento contractual del demandado (art. 1.106 Código civil). En el primer concepto, no cabe incluir el pago de los honorarios de abogado y procurador²⁴.

Los daños *extrapatrimoniales* o morales son aquellos que no recaen directamente sobre el patrimonio de la víctima, sino sobre su persona, lesionando sus derechos o bienes de la personalidad y generando un sufrimiento espiritual, interior o psíquico (ansiedad, angustia, depresión). Con estos daños queda afectado el ámbito existencial subjetivo de la persona, sus sentimientos, su identidad y hasta su consideración social. De hecho, este daño moral tiene una vertiente interna y otra externa; la primera se refiere al daño o sufrimiento que internamente padece el trabajador; y la segunda al menoscabo que este sufre en su imagen o consideración social, lo que puede conllevar pérdida de relaciones personales y profesionales y de oportunidades de mejora laboral.

Por lo demás, no existe unanimidad doctrinal sobre la inclusión en estas dos categorías recién comentadas (o su consideración autónoma) de los daños corporales, biológicos o a la salud, que afectan a la vida y a la integridad física y psíquica. Siguiendo a la doctrina italiana, estos daños se clasifican, a su vez, en tres tipos: daños corporales directos, daños psíquicos inmediatos y secuelas físicas o psicológicas de futuro²⁵. En

²² Cfr., también, art. 15 Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico.

²³ Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo* (Valencia, 2013), p. 98.

²⁴ STS de 16 enero 2008 (Ar. 460).

²⁵ Cfr. Bonaretti, L., *Danno biologico nel rapporto di lavoro* (Roma, 1996), pp. 29 y ss.; Avio, A., *Il diritto inviolabile nel rapporto di lavoro* (Roma, 2001), pp. 140 y ss. También Fabregat

principio, en cuanto estos daños pueden producir, de forma simultánea, consecuencias sobre el patrimonio y la persona de la víctima (v. gr., perjuicio económico relacionado con el pago de tratamientos médicos o pérdidas salariales por no poder trabajar y dolor), parece que no hay impedimento en reconducirlos a las dos categorías generales ya comentadas. Además, de valorarse como categoría separada, podría haber cierta confusión entre los denominados daños psíquicos inmediatos (corporales) y los daños morales internos, equivalentes también a un sufrimiento personal. En todo caso, ya de sea de manera autónoma, ya sea integrados en las categorías anteriores, lo importante es la valoración específica y adicional de estos daños corporales.

2.2.2. Cuantificación

Aun conociendo los daños y las finalidades a tener en cuenta, *la cuantificación* de la indemnización no resulta fácil. El legislador actual aporta – aun de forma poco clara – nuevos criterios al respecto, estableciendo exigencias de prueba diferentes al demandante según el tipo de daño alegado. Así, según el art. 179.3 LJS, el demandante debe expresar en su demanda, aparte de los requisitos generales (incluidos los hechos constitutivos de la infracción alegada y el derecho vulnerado), “la cuantía de la indemnización pretendida”, con la adecuada especificación de “los diversos daños y perjuicios” sufridos, a efectos de que el órgano jurisdiccional pueda fijar la indemnización. Además, aquel deberá “establecer las circunstancias relevantes para la determinación” de esta última, incluyendo “la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases del cálculo de los perjuicios estimados”. A ello hay que sumar la necesidad de probar la relación de causalidad entre el daño alegado y la conducta agresora, tal y como deriva de la teoría general de la responsabilidad civil (art. 1.101 y ss. C.c.)²⁶.

Estas exigencias de prueba no parecen presentar demasiado problema en el caso de los daños materiales, de fácil acreditación objetiva, tanto en el caso del daño emergente como del lucro cesante. Otro tanto podría

Monfort, G., *La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral*, comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Girona, 2013), p. 13. Ejemplar fotocopiado.

²⁶ Véase, respecto de un caso de acoso moral, STSJ Cantabria de 19 mayo 2005, cit., que deniega la indemnización solicitada al no probarse que el aborto sufrido por la trabajadora deriva de la situación de acoso sufrida. También STSJ Galicia de 27 octubre 2008 (RJ 380929).

decirse de los daños corporales, incluidos los síquicos, que pueden ser objeto de tratamiento y evaluación médica a través de las correspondientes pruebas objetivas sicométricas. Ahora bien, la conclusión no es la misma en el supuesto de los daños morales, *stricto sensu*, de ahí que el legislador haya añadido – a lo ya dicho – matizaciones específicas para ellos. A efectos de entender mejor estas últimas, conviene repasar, aun someramente, los vaivenes que la prueba del daño moral ha sufrido desde el punto de vista jurisprudencial.

Como es sabido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sostuvieron un intenso debate sobre su existencia y prueba en este proceso especial de tutela de los derechos fundamentales. A grandes rasgos, puede hablarse de una larga evolución con diferentes fases. En un primer momento, el TS defendió que de la vulneración de un derecho fundamental (en el caso, el de la libertad sindical) derivaba, por presunción, la existencia de perjuicios indemnizables. Así, en la importante sentencia de 9 de junio de 1993²⁷, dicho órgano jurisdiccional estimó que no era necesario probar que se había producido “un perjuicio” para que naciese el derecho al resarcimiento, “sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental” se presumía, automáticamente, “la existencia del daño” moral y debía decretarse “la indemnización correspondiente”²⁸.

Con posterioridad, en la conocida sentencia de 22 de julio de 1996²⁹, el citado Tribunal cambia su posición sobre la automaticidad del daño al considerar que la indemnización prevista en el art. 180.1 LPL (hoy 183 LJS) no derivaba, automáticamente, de la declaración jurisdiccional de lesión del derecho fundamental, sino de la concurrencia de un *daño real* producido por esta³⁰. A partir de ahí, se exigió: 1) que el demandante alegase, adecuadamente, en su demanda “las bases y elementos clave de la indemnización” reclamada, en orden a fundamentar la posible condena empresarial y el reconocimiento de aquella en el caso concreto; y 2) que la cuantía solicitada se amparase en “indicios o puntos de apoyo suficientes en los que asentar una condena de tal clase”. En otras palabras, probada la vulneración del derecho fundamental, el demandante debía acreditar el daño alegado y la indemnización reclamada con datos o elementos de

²⁷ RJ 3752.

²⁸ Cfr., también, sentencias TS de 14 julio 1993 y 8 mayo 1995 (RJ 5678 y 4553) y STSJ Andalucía (Málaga) de 3 septiembre 1993 (RJ 4033).

²⁹ RJ 6381.

³⁰ El citado precepto procesal amparaba tal interpretación con la expresión “en su caso”, que separaba la lesión de la libertad sindical de su reparación, incluida la indemnización pertinente.

apoyo objetivos³¹. En este sentido, se añade que los daños causados en la esfera mental o subjetiva pueden ser objeto de medición mediante pruebas de psicometría³². Por lo tanto, la víctima debía acreditar, al menos, con una mínima base fáctica, el daño moral sufrido³³.

Siguiendo esta posición, ni siquiera en los casos de despido nulo por lesión de derechos fundamentales el daño moral se presumía, al estimarse que la mera decisión empresarial de despedir no generaba, automáticamente, un daño moral específico³⁴. En palabras de la STS de 21 de septiembre de 2009³⁵, “el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente” de la tutela legal resarcitoria establecida en el art. 55.6 ET, requiriéndose para tal indemnización específica la acreditación de un daño “distinto del que es común a todo despido injustificado”³⁶. Así, el reconocimiento de la indemnización adicional exigía que la víctima alegase en su demanda “las bases y elementos objetivos determinantes” de tal daño moral, susceptible de generar “perjuicios reales, efectivos y justificados, directamente derivados de la extinción contractual”³⁷.

Frente a esta restrictiva doctrina, que impedía el reconocimiento de una concreta indemnización – a pesar de declararse la vulneración de un derecho fundamental – si no se conseguía probar el daño moral, algunas sentencias empiezan a reaccionar estableciendo algunas matizaciones. Así,

³¹ En igual sentido, cfr., por ejemplo, las sentencias TS de 20 enero 1997 (RJ 620), 2 febrero 1998 (RJ 1251), 28 febrero y 23 marzo 2000 (RJ 2242 y 2131), 21 julio 2003 (RJ 6941), 16 julio 2004 (RJ 5810), 2 octubre y 12 diciembre 2007 (RJ 2008/605 y 2008/3018), 15 diciembre 2008 (RJ 2009/388), 21 septiembre y 30 noviembre 2009 (la primera cit.; la segunda, en RJ 8029) y 12 mayo 2010 (RJ 5254, que casa la del TSJ País Vasco de 21 abril 2009; RJ 1861).

³² Cfr. sentencias TSJ Madrid de 11 marzo 2003 (JUR 209675), 9 septiembre 2004 (RJ 2638) y 9 mayo 2006 (RJ 1803). Según la primera, “tales daños psíquicos son medibles, no en vano hay pruebas psicológicas objetivas que permiten su valoración (psicometría)”.

³³ Cfr. sentencias TSJ Comunidad Valenciana de 25 septiembre 2002 (RJ 2834) y 14 febrero y 28 mayo 2003 (RJ 918 y 2004/1178).

³⁴ STSJ Galicia de 21 julio 2008 (RJ 1948).

³⁵ RJ 6169.

³⁶ También, entre otras, sentencias TS de 2 octubre 2007 (RJ 2008/695) y 19 noviembre 2009 (RJ 2010/1161), esta última, aunque mayoritariamente desestima el recurso de casación para unificar doctrina entre las sentencias comparadas, contiene un voto particular (Magistrado Martín Valverde) discrepante que, tras apreciar motivo para estimar el recurso, entra en el fondo del asunto y reafirma la doctrina del Alto Tribunal sobre la necesidad de aportar indicios suficientes del daño producido.

³⁷ STSJ Galicia de 2 junio 2010 (RJ 2125). También, por ejemplo, sentencias TS de 1 octubre 2008 (RJ 7362) y 19 noviembre 2009, cit.

por ejemplo, la STSJ Cataluña de 9 de enero de 2006³⁸ parece presumir que la lesión de un derecho fundamental siempre implica un daño moral, al señalar que “la infracción de los derechos fundamentales ocasiona, *en todo caso*, unos daños morales de difícil evaluación”, por lo que “el alcance económico de estos daños debe ponderarse con arreglo a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso”. Más claramente, al ser el daño moral algo inmaterial y difícilmente mensurable, su valoración económica corresponde al órgano jurisdiccional a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes³⁹.

Por su parte, la conocida ST Const. 247/2006, de 24 de julio⁴⁰, parece compartir la posición restrictiva, pero también con cierta discrepancia. En efecto, aunque de forma expresa no desautoriza la comentada posición del TS, en cierto modo, se distancia de ella, al establecer que, si de los hechos probados resultan actuaciones contrarias al derecho fundamental del trabajador, el daño (moral) debe considerarse probado y procede la correspondiente indemnización. En otras palabras, las exigencias de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y acreditar indicios o puntos de apoyo suficientes deben entenderse cumplidas cuando se prueba un comportamiento lesivo de carácter particularmente intenso y prolongado en el tiempo, con notoria repercusión en los derechos del trabajador. La sentencia analizada no recupera el inicial automatismo entre lesión del derecho fundamental y daño, pero sí incorpora matices importantes, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, que reconsideran la tesis más restrictiva del Tribunal Supremo sobre la exigencia probatoria del daño en estos supuestos⁴¹. Además, a efectos de valorar la cuantía de la indemnización, se toma como criterio de referencia el importe de la sanción administrativa prevista en la Ley de infracciones y sanciones para la conducta lesiva, valorándose adecuada una indemnización de cuantía inferior a la tipificada para tal sanción. A partir de ahí, alguna sentencia del TS también empezó a admitir que, “en el supuesto de daño moral”,

³⁸ JUR 85068.

³⁹ Cfr. STSJ Galicia de 7 mayo 2002 (RJ 3541) y sentencias TSJ Madrid de 30 septiembre 2004 y 20 febrero 2006 (JUR 298644 y 127750).

⁴⁰ RTC 247/2006.

⁴¹ Según sus propias palabras, “resulta patente que, un trabajador como el recurrente que es sometido a un trato discriminatorio, derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias (...), se da en todo caso, sin que sea factible, a veces, aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole” (Fundamento jurídico séptimo).

debía “tenerse en cuenta la peculiaridad del mismo a efectos de evaluación”⁴².

Con la LJS de 2011, el legislador deja clara la especialidad del daño moral, pues la obligación del demandante de especificar la cuantía y los diversos daños alegados, se exceptúa en el caso de “los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, cuando resulte difícil su estimación detallada” (art. 179.3 LJS). De este modo, el legislador en cuestión parece dejar claro lo siguiente:

1) El daño moral está “unido” – hasta por dos veces se utiliza este término – a la vulneración del derecho fundamental, por lo que aquel es inherente a esta última y, por lo tanto, su existencia parece presumirse *iuris et de iure*. En palabras de algún autor, la norma procesal establece un vínculo de unión entre violación de derecho fundamental y daño moral, lo que proporciona “base legal expresa” a la primitiva doctrina del TS de los años noventa, “que fijaba una presunción de existencia de daños morales por el hecho mismo de la lesión” del citado derecho. Ahora, la LJS establece “una presunción legal” de existencia del daño moral y este daño “básico presunto” se completa con la posibilidad de probar otros daños patrimoniales⁴³.

Con todo, no cabe dejar de reconocer que cierto sector de la doctrina es más restrictivo respecto de la presunción de la existencia del daño moral y rechaza la resurrección de la tesis de la automaticidad del daño o que quepa asumir una presunción de daño moral “en cada acto empresarial demandado, puesto que debe haber indicios de impacto en esta esfera”. Se apunta, más bien, hacia la identificación por parte de la LJS de “un daño moral ante conductas que impidan, claramente, un normal desenvolvimiento de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”⁴⁴.

2) Partiendo aquí de la presunción inicial de existencia del daño moral, cuestión bien diferente es la de su cuantificación. Como regla general, el trabajador también debe aportar, siempre que sea posible, las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización, por

⁴² Sentencia de 2 octubre 2007, cit. También sentencias TS de 24 junio 2009 (RJ 6061).

⁴³ Cfr. Folguera Crespo, J. A., “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en el volumen AA.VV., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª edic. (Valladolid, 2011), p. 689. También Álvarez Alonso, D., *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”*. Comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 13. Ejemplar fotocopiado. Con todo, para este autor, la presunción de existencia del daño solo está justificado en el caso del daño moral, entendido *stricto sensu*, o sea, sin los daños biológicos.

⁴⁴ Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *op. cit.*, p. 94.

ejemplo, debe poner de manifiesto la gravedad, duración y consecuencias del daño sufrido o indicar cuáles son los hechos o criterios seguidos para pedir una concreta cuantía. En este sentido, parece claro que la víctima siempre podrá aportar algún tipo de información relevante a efectos de clarificar el acoso sufrido y la magnitud del daño causado.

Y 3) cuando “la estimación detallada” del daño moral “resulte difícil” (art. 179.3 LJS), es decir, cuando “la prueba de su importe exacto” sea “demasiado difícil o costosa” – lo que será casi siempre –, será el órgano jurisdiccional el que tendrá que determinarlo “prudencialmente” (art. 183.2 LJS). Como se aprecia, a partir de ahora el papel del juez será determinante, pues será él el que tendrá la responsabilidad de concretar la cuantía indemnizatoria. Para ello tendrá que recurrir a determinados criterios, como las propias circunstancias de cada caso concreto, alegadas y probadas por el demandante u otros criterios analógicos. Sin duda, esta indeterminación indemnizatoria aumenta la inseguridad jurídica sobre el resultado final de este tipo de acciones.

De otro lado, el legislador no aclara el *dies a quo* del plazo de la prescripción de la acción, lo que genera dudas en estos casos de conducta continuada de acoso. El art. 179.2 LJS se limita a establecer que la demanda habrá de interponerse “dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública”. Los tribunales laborales han venido entendiendo que el inicio del plazo de prescripción de un año ha de situarse en el momento en que “la acción pudo ser ejercitada” (art. 59.1 y 2 ET y art. 1.968 C.c.), lo que, en el supuesto de un proceso de acoso de tracto sucesivo exige estar a la fecha de la última acción que forma parte de aquel⁴⁵. En otras palabras, “el último de los ataques integrantes del acoso deberá haberse producido dentro del último año natural”⁴⁶. Se sigue así la denominada teoría de la realización, que sitúa el inicio de la prescripción el día en que la acción puede ser ejercitada eficazmente a todos los efectos. Ahora bien, ello determina que si las lesiones se entienden derivadas de un accidente de trabajo, el inicio del plazo de prescripción se sitúa en el momento en que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas de aquel y de las mermas que estas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico. Tal conocimiento solo se produce al dictarse la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez, por lo que el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios debe

⁴⁵ Cfr. sentencias TSJ Cataluña (dos) de 12 abril y 25 julio 2001 (RJ 2141 y 275542).

⁴⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 mayo 2007, cit.

ser “el momento de conocimiento de esta resolución”⁴⁷, por ser entonces los daños cuantificables⁴⁸.

Esta posición viene reforzada por la consideración de que los daños derivados de un accidente de trabajo son únicos, de tal modo que del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, ya haya podido percibir el beneficiario, y estas no se conocen hasta la firmeza de la resolución que declara la invalidez del beneficiario⁴⁹. Por lo demás, si el accidente de trabajo generase actuación en el ámbito penal, el inicio de la prescripción para reclamar daños y perjuicios se sitúa en el momento final de la causa penal⁵⁰.

Por último, el art. 184 LJS enumera las demandas que, por razón de su objeto, deben tramitarse, inexcusablemente, por su proceso específico (y no por el ahora comentado), entre ellas, las de despido y extinción del contrato, modificación sustancial de condiciones de trabajo o las relativas a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En tales casos, dichos procesos tendrán carácter preferente y acumularán en ellos las pretensiones de tutela de derechos fundamentales, incluida la referente a la correspondiente indemnización por la vulneración de estos (arts. 26.2 y 178.2 LJS). En tal sentido, el art. 183.3 LJS declara que esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el ET y demás normas laborales. Este “efecto migratorio” de las reglas especiales de este proceso especial a otros supone la plasmación a nivel legal del reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo y de la responsabilidad indemnizatoria del empresario ante su lesión⁵¹.

⁴⁷ STSJ Comunidad Valenciana de 9 mayo 2012 (RJ 308549). En el caso de autos, el inicio del plazo de prescripción se sitúa en la fecha en la que finaliza la situación de IT sin declaración de incapacidad permanente.

⁴⁸ STS de 23 abril 2012, cit., que, aunque desestima el recurso de casación para unificar doctrina, parece admitir que el *dies a quo* se sitúe en el momento de finalizar la conducta acosadora y sus efectos, en el caso, un proceso de incapacidad temporal (como sostenía la sentencia recurrida del TSJ País Vasco de 21 diciembre 2010; RJ 2011/1697). Sobre esta última, véase Navarro Nieto, F., “Perfiles de actualidad en procesos judiciales de acoso laboral”, *Aranzadi Social*, 2011 (BIB 2011/1532).

⁴⁹ Sentencias TS 2 febrero 1998 (RJ 3250) y 17 febrero 1999 (RJ 2598).

⁵⁰ STS (Sala General) de 10 diciembre 1998 (recurso 4078/1997).

⁵¹ Ballester Pastor, A., “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, 2, 2012 (La Ley 24450/2011), p. 5.

3. Bibliografía

- Álvarez Alonso, D., *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales*, Comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Girona, 2013).
- Avio, A., *Il diritto inviolabili nel rapporto di lavoro*, Roma, 2001.
- Ballester Pastor, A., “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, 2, 2012, La Ley 24450/2011.
- Bonaretti, L., *Danno biologico nel rapporto di lavoro*, Roma, 1996.
- Correa Carrasco, M., “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV., *Acoso moral en el trabajo*, Navarra, 2006.
- Fabregat Monfort, G., *La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral*, comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013, p. 13. Ejemplar fotocopiado.
- Folguera Crespo, J. A., “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª edic., Valladolid, 2011.
- Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo español”, *Tribuna Social*, 145, 2003.
- Navarro Nieto, F., *Perfiles de actualidad en procesos judiciales de acoso laboral*, AS, 2011 (BIB 2011/1532).
- Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, 178, 2005.
- Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo*, Valencia, 2013, p. 98.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo